UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Amsterdam Center for International Law

Postbus 1030
1000 BA Amsterdam

T 020 535 2637

Nader Advies Geweldgebruik tegen ISIL in Syrië

23 juni 2015

Prof. dr. P.A. Nollkaemper
p.a.nollkaemper@uva.nl

Op 8 juni is mij namens de minister van Buitenlandse Zaken gevraagd om een volkenrechtelijk advies in relatie tot de huidige gewapende strijd tegen ISIS in Syrië.

Specifiek zijn de volgende twee vragen aan mij voorgelegd:
1) Hoe beoordeelt u op dit moment een beroep op (collectieve) zelfverdediging voor geweldgebruik tegen ISIS in Syrië ten behoeve van de verdediging van Irak en hoe verhoudt zich dit tot ontwikkelingen in Syrië zelf; welke aspecten spelen daarbij een rol?
2) Kunt u ingaan op de voorwaarden die hiervoor gelden, zoals de eis van het bestaan van een gewapende aanval en het vermogen en de bereidheid (*ability and willingness*) van betrokken autoriteiten om tegen een georganiseerde gewapende groep op eigen grondgebied op te treden?

De twee vragen zijn nauw met elkaar verbonden en ik bespreek ze hieronder in samenhang. Ik beperk me tot de gestelde vragen en ga niet in op de rol van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (VN) en de vraag of geweldgebruik tegen ISIL[1] in Syrië te rechtvaardigen is op andere gronden dan de bescherming van Irak.

De korte conclusie van mijn advies luidt als volgt. De regering van Syrië heeft niet eenduidig ingestemd met geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied. In de gegeven omstandigheden is het zoeken van instemming niet zonder meer nodig (nr 1-6). Geweldgebruik kan worden gegrond op het recht op collectieve zelfverdediging van Irak nu er een geldig verzoek ligt van de regering van Irak (nr 7-8), nu het recht op zelfverdediging zich uitstrekt tot niet-statelijke actoren (nr 9-10) en nu de regering van Syrië niet in staat is en niet de wil heeft om zelf effectief op te treden tegen ISIL (nr 11-17). Bij geweldgebruik tegen ISIL in Syrië dient wel een aantal zwaarwegende aanvullende voorwaarden te worden vervuld (nr 18-25).

Het onderhavige advies wijkt op een belangrijk punt af van mijn eerdere advies van 24 september jl over militaire acties tegen ISIL. In het advies van 24 september concludeerde ik dat militaire acties volkenrechtelijk problematisch zouden zijn, als niet eerst instemming van de regering van Syrië zou zijn gezocht. Om redenen die ik uiteenzet in nr 1-6, concludeer ik dat in de gegeven situatie instemming niet behoeft te worden gezocht.

<u>Instemming Syrië</u>

1. Indien de regering van Syrië instemming zou verlenen met geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied, zou er geen noodzaak zijn om militaire acties te rechtvaardigen met een beroep op collectieve zelfverdediging.

2. Naar mijn oordeel kan in de gegeven situatie geweldgebruik tegen ISIL in Syrië niet worden gegrond op instemming van de regering van Syrië (nr 3-4) en is het onwenselijk om die instemming te zoeken en om geweldgebruik met de regering van Syrië te coördineren (nr 5). Deze conclusie rust op twee gronden.

3. Ten eerste kan uit de signalen die de regering van Syrië heeft afgegeven, worden afgeleid dat zij zich niet verzet tegen geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied, maar dat zij tegelijkertijd geen uitdrukkelijke instemming verleent. Aanvankelijk bestempelde de regering het geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied zonder haar instemming als agressie. Later gaf de regering van Syrië aan dat militaire operaties met haar zouden moeten worden gecoördineerd. Uit meer recente uitspraken kan worden afgeleid dat de regering van Syrië geen bezwaar zou hebben tegen geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied. Zij heeft bij de Veiligheidsraad van de VN geen protest ingediend tegen tot nu uitgevoerde militaire operaties. In de beoordeling van het standpunt van de regering van Syrië moet echter ook worden meegewogen dat door betrouwbare bronnen is gesteld dat Syrië steun zou hebben verleend aan ISIL.

---

[1] In dit advies volg ik de in de VN gehanteerde naam en verwijs derhalve naar ISIL in plaats van ISIS.

4. Uit deze praktijk leidt ik enerzijds af dat het aannemelijk is dat Syrië op dit moment geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied niet zal beschouwen als een volkenrechtelijke onrechtmatige daad. Hiermee is een belangrijk volkenrechtelijk beletsel tegen geweldgebruik tegen ISIL in Syrië weggenomen. Anderzijds kan gegeven de ambigue signalen niet worden geconcludeerd dat er sprake is van instemming met geweldgebruik tegen ISIL. Het volkenrecht dwingt tot terughoudendheid om een 'implied consent' te construeren. Het te snel aannemen van impliciete instemming in een situatie waarin er sprake is van tegenstrijdige signalen, brengt het gevaar van misbruik met zich mee en kan de territoriale integriteit van staten tezeer bedreigen.

5. Ten tweede zou het ingaan op de uitnodiging van de regering van Syrië om geweldgebruik tegen ISIL met haar te coördineren stuiten op volkenrechtelijke bezwaren. Er zijn sterke aanwijzingen dat de regering van Syrië verantwoordelijk is voor ernstige schendingen van rechten van de mens en dat Syrische functionarissen zich schuldig hebben gemaakt aan internationale misdrijven. Derde staten, waaronder Nederland, zijn verplicht om samen te werken teneinde dergelijke schendingen tot een einde te brengen en moeten zich onthouden van ondersteuning van deze schendingen. Gegeven de zich in de laatste maanden tonende vervlechting van de strijd tegen ISIL enerzijds, en de burgeroorlog in Syrië, anderzijds, kan niet worden uitgesloten dat samenwerking met de regering van Syrië in de strijd tegen ISIL indirect gevechtshandelingen van de regering jegens oppositiegroeperingen ondersteunt. Of de band tussen coördineren van geweldgebruik tegen ISIL met de regering Assad, enerzijds, en de strijd van de regering Assad tegen Syrische oppositiegroepen, anderzijds, voldoende direct zou zijn om een dergelijke coördinatie te beschouen als een onrechtmatige daad, zal afhangen van een feitelijke beoordeling van de concrete situatie. Het is echter goed bepleitbaar dat in de gegeven situatie derde staten redelijkerwijs kunnen afzien van een beroep op instemming van en samenwerking met de regering van Syrië, indien er een andere rechtsgrond bestaat voor geweldgebruik tegen ISIL in Syrië.

6. De conclusie dat het aannemelijk is dat de regering van Syrië geweldgebruik tegen ISIL op haar grondgebied op dit moment niet zal beschouwen als volkenrechtelijke onrechtmatige daad, betekent niet dat daarmee dergelijk geweldgebruik zonder meer is gerechtvaardigd. Zowel de ambiguïteit in het standpunt van Irak, als de hiervoor genoemde volkenrechtelijke bezwaren tegen samenwerking met Syrië in de strijd tegen ISIL, pleiten hiertegen. In het licht van deze overwegingen is in de gegeven situatie een separate rechtsgrond vereist. Deze rechtsgrond kan worden gevonden in het recht op collectieve zelfverdediging van Irak, zoals hieronder uitgezet.

<u>Het verzoek van de regering van Irak</u>

7. Een eerste voorwaarde voor een beroep op collectieve zelfverdediging als rechtsgrond voor geweldgebruik tegen ISIL in Syrië ten behoeve van de verdediging van Irak, is dat er een geldig verzoek ligt van de regering van Irak.

8. In de aan de Secretaris-Generaal (SG) van de VN gerichte brief van 23 september jl., verklaart de VS dat de regering van Irak aan de VS heeft gevraagd leiding te geven aan 'international efforts to strike ISIL sites and military strongholds in Syria in order to end the continuing attacks on Iraq, to protect Iraqi citizens, and ultimately to enable and arm Iraqi forces to perform their task of regaining control of the Iraqi borders.' Op grond van de mij ter beschikking staande informatie ga ik ervan uit dat er in deze situatie niets is veranderd en dat er derhalve nog steeds een geldig verzoek ligt van de regering van Irak.

<u>Toepasselijkheid van collectieve zelfverdediging op niet-statelijke actoren</u>

9. Collectieve zelfverdediging biedt alleen een rechtsgrond voor geweldgebruik tegen ISIL in Syrië ten behoeve van de verdediging van Irak indien het recht op collectieve zelfverdediging zich uitstrekt tot niet-statelijke actoren.

10. Hoewel de tekst van art. 51 VN Handvest het recht op zelfverdediging beperkt tot een gewapende aanval door een andere staat, kan nu worden aangenomen dat staten in bijzondere omstandigheden het recht hebben om op grond van (collectieve) zelfverdediging geweld te gebruiken jegens niet-statelijke actoren in een andere staat. In de laatste decennia is de steun voor deze rechtsontwikkeling sterk toegenomen.[2] Deze rechtsontwikkeling rust op goede argumenten. Zonder deze rechtsgrond zouden staten, in gevallen waarin er geen uitzicht is op optreden door de Veiligheidsraad, onvoldoende mogelijkheden hebben om zichzelf, hun onderdanen en andere staten te verdedigen tegen een gewapende aanval door niet-statelijke groeperingen zoals ISIL.

Toepasselijkheid van collectieve zelfverdediging op ISIL in Syrië

11. Het feit dat het recht op zelfverdediging zich in algemene zin uitstrekt tot niet-statelijke actoren als ISIL betekent nog niet dat er een afdoende rechtvaardiging is voor geweldgebruik tegen ISIL op het grondgebied van Syrië. Gegeven de afwezigheid van instemming van Syrië zou geweldgebruik ter verdediging van Irak op het grondgebied van Syrië in strijd komen met het verbod op het gebruik van geweld (art. 2 lid 4 VH-Handvest).

12. Deze onrechtmatigheid kan worden weggenomen indien het recht op (collectieve) zelfverdediging zo wordt geïnterpreteerd, dat zelfverdediging tegen ISIL op het grondgebied van Syrië zonder instemming van Syrië is toegestaan, indien Syrië niet bereid is (‘unwilling’) of niet het vermogen heeft (‘unable’) om effectief op te treden tegen ISIL.

13. Het criterium van ‘unwilling or unable’ kan worden begrepen als een interpretatie en toepassing van het gewoonterechtelijke vereiste van noodzakelijkheid als deel van het recht van (collectieve) zelfverdediging. Het recht van (collectieve) zelfverdediging rechtvaardigt militair optreden als dat noodzakelijk is voor de verdediging van, in dit geval, Irak. Indien Syrië niet de wil heeft en/of niet in staat is om zelf de noodzakelijke maatregelen te nemen, kan worden bepleit dat optreden door derde staten noodzakelijk is.

14. Hoewel het aantal staten dat zich uitdrukkelijk over de juridische status van het criterium van ‘unwilling or unable’ heeft uitgelaten relatief beperkt is, lijkt het criterium breed (zij het meestal stilzwijgend) aanvaard te zijn. Slechts een beperkt aantal staten heeft zich uitdrukkelijk verzet tegen deze interpretatie en toepassing van het recht op (collectieve) zelfverdediging. Het criterium heeft ook kennelijke steun ontvangen van de SG van de VN.

15. Aangezien deze interpretatie van het recht op (collectieve) zelfverdediging zich leent voor toepassing in een breed scala van situaties waarin staten geen effectieve controle uitoefenen over een deel van hun grondgebied, en het gevaar van misbruik niet kan worden uitgesloten, moeten de voorwaarden voor het beroep op zelfverdediging op grond van het criterium van ‘unwilling or unable’ strikt worden toegepast. Dat geldt in het bijzonder voor de voorwaarde dat er daadwerkelijk sprake is van een gewapende aanval, dat er voldoende betrouwbare informatie is voor de conclusie dat er daadwerkelijk is voldaan aan het criterium van ‘unable or unwilling’, en dat is voldaan aan de criteria van noodzakelijkheid en proportionaliteit (zie nr 18-24).

16. Ik merk echter ook op dat juist vanwege de signalen die de regering van Assad heeft afgegeven (nr 3-4) de onderhavige situatie verschilt van een situatie waarin de territoriale staat zich principieel zou verzetten tegen gebruik van geweld in een gebied waar zij geen effectieve controle uitoefent, en waarin deze staat het standpunt in zou nemen dat zij wel ‘willing or able’ zou zijn. In deze zin kan de onderhavige situatie als *sui generis* worden beschouwd, hetgeen de precedentwerking beperkt.

---

[2] Zie de besproken praktijk in C Tams, ‘The Use of Force Against Terrorists’, 20 EJIL (2009) 359.

17. Indien ik het criterium van ‘unwilling or unable’ toepas op de mij ter beschikking staande feiten, concludeer ik dat het voldoende aannemelijk is dat Syrië noch de wil noch het vermogen heeft om effectief op te treden tegen ISIL en dat er derhalve een rechtsgrond is voor geweldgebruik tegen ISIL in Syrië, mits is voldaan aan de hieronder te bespreken nadere voorwaarden.

<u>Nadere voorwaarden</u>

18. Op grond van het VN Handvest en internationaal gewoonterecht is uitoefening van het recht op collectieve zelfverdediging jegens ISIL in Syrië alleen toegestaan indien is voldaan aan een aantal nadere voorwaarden. Dit betreft de eis dat geweldgebruik tegen ISIL in Syrië alleen is toegestaan indien dit noodzakelijk is voor de verdediging van Irak (nr 19-23), indien het proportioneel is (nr 23) en indien de Veiligheidsraad wordt ingelicht.

19. Het vereiste van noodzakelijkheid heeft meerdere implicaties. Een eerste implicatie is dat collectieve zelfverdediging jegens ISIL in Syrië alleen is toegestaan indien de in Syrië gevestigde leiders en strijders van ISIL tegen wie het geweldgebruik is gericht, voldoende zijn verbonden met de gewapende aanval van ISIL op Irak. Op basis van de mij ter beschikking staande informatie concludeer ik er sprake is van een sterke verbinding tussen de activiteiten van ISIL in Syrië, enerzijds, en de gewapende aanval op Irak, anderzijds, en dat aan deze voorwaarde is voldaan.

20. Een tweede implicatie van de noodzakelijkheidstest is dat geweldgebruik tegen ISIL in Syrië daadwerkelijk bij moet kunnen dragen aan de verdediging van Irak. Op grond van de mij ter beschikking staande informatie acht ik het aannemelijk dat de tegen ISIL in Syrië gerichte militaire operaties de activiteiten van ISIL in Irak hebben beperkt dan wel op termijn zullen beperken, en in die zin noodzakelijk kunnen worden geacht voor de verdediging van Irak.

    Ik maak hierbij echter twee belangrijke kanttekeningen. Ten eerste moet het oordeel dat geweldgebruik daadwerkelijk kan bijdragen aan de bescherming van Irak, in elk concreet geval door afdoende feitelijke informatie onderbouwd kunnen worden.

    Ten tweede wil het feit dat geweldgebruik een bijdrage kan leveren aan de bescherming van Irak niet zeggen dat andere strategieën niet een even grote, of op termijn wellicht zelfs een grotere, bijdrage kunnen leveren aan de bescherming van Irak. In dit verband verwijs ik in het bijzonder naar het politieke mandaat van de VN in Irak en de regio, laatstelijk neergelegd in Veiligheidsraadresolutie 2110. De vraag of gebruikgeweld tegen ISIL, in aanvulling op dit politieke proces, een voldoende bijdrage kan leveren aan de bescherming van Irak om aan het noodzakelijkheidscriterium te kunnen voldoen, vraagt om een zorgvuldige feitelijke en politieke afweging.

21. Een derde implicatie van het vereiste van noodzakelijkheid is dat geweldgebruik alleen gericht mag zijn tegen personen die behoren tot de militaire tak van ISIL. De mij ter beschikking staande informatie suggereert dat de banden tussen de georganiseerde tak van ISIL enerzijds en personen die zeggen op te treden voor ISIL, anderzijds, soms los zijn. Ook kan niet worden uitgesloten dat groeperingen die zich bij ISIL aansluiten een overigens legitieme politieke strijd voeren. Om geweldgebruik tegen ISIL te rechtvaardigen zou zeker gesteld moeten worden dat de personen tegen wie geweldgebruik is gericht, daadwerkelijk behoren tot de militaire gewapende tak van ISIL, en dat zij diret betrokken zijn met activiteiten die Irak bedreigen.

22. Uit de voorwaarde dat gewapende aanvallen alleen gericht mogen worden tegen personen die behoren tot de militaire tak van ISIL voor zover noodzakelijk voor de verdediging van Irak, volgt ook dat de militaire acties zich niet mogen uitstrekken tot steun van oppositiegroeperingen die omverwerping van de regering regime van Assad nastreven, als die groepen geen directe bedreiging vormen voor Irak. Indien aanvallen op ISIL onvoldoende kunnen worden gescheiden

van ondersteuning van de oppositie tegen de regering Assad, bestaat het risico dat de strijd tegen ISIL voor de bescherming van Irak mede neerkomt op het steunen van de strijd tegen de regering Assad.

Het enkele feit dat aanvallen op ISIL als neveneffect hebben dat de relatieve positie van oppositiegroeperingen in Irak wordt versterkt, is op zichzelf onvoldoende om de rechtsbasis voor geweldgebruik tegen ISIL in Syrië gericht op de bescherming van Irak weg te nemen, dan wel om dergelijke aanvallen als volkenrechtelijk onrechtmatige interventie in de interne aangelegenheden van Syrië te beschouwen. Bij het daadwerkelijke gebruik van geweld jegens ISIL zal echter zorg moeten worden betracht om zeker te stellen dat dit geweld niet leidt tot volkenrechtelijk problematische ondersteuning van de activiteiten van de oppositiegroeperingen in Syrië.

23. Uit de voorwaarde dat gewapende aanvallen alleen gerechtvaardigd zijn voor zover noodzakelijk voor de verdediging van Irak volgt tot slot dat indien dat doel is gerealiseerd (bijvoorbeeld door de activiteiten van ISIL in Syrië te beperken tot een deel van Syrië), er geen grond is voor verdergaande acties (bijvoorbeeld gericht op de algehele vernietiging van ISIL in Syrië). Ook om deze reden verdient het aanbeveling om, los van een besluit over geweldgebruik tegen ISIL, het politieke mandaat van de VN in Irak en de regio te ondersteunen met het oog op een bredere lange termijn oplossing.

24. Indien kan worden vastgesteld dat geweldgebruik tegen ISIL in Syrië noodzakelijk is voor de verdediging Irak, moet het geweldgebruik voorts voldoen aan een aantal nadere voorwaarden. Geweldgebruik tegen ISIL in Irak moet proportioneel zijn aan de bedreiging van de aanval van ISIL op Irak. Ook moet het geweldgebruik in overeenstemming zijn met het toepasselijke internationale humanitaire recht.

25. Elk beroep op het recht zelfverdediging is onderworpen aan de eis van Artikel 51 van het VN Handvest dat maatregelen genomen bij de uitoefening van het recht tot zelfverdediging onverwijld ter kennis van de Veiligheidsraad dienen te worden gebracht.